

40 años de justicia constitucional en España*

*40 years of constitutional
justice in Spain*

ISABEL LIFANTE VIDAL**

Resumen

Este artículo reflexiona sobre el papel desempeñado por el Tribunal Constitucional español en los 40 años de democracia de este país. Para ello se presenta el diseño institucional que de este órgano hizo la Constitución de 1978 y las distintas funciones que le fueron encomendadas, tanto por la Constitución como por la legislación posterior. El artículo analiza críticamente cómo se han desempeñado en la práctica estas funciones, señalando los distintos desafíos que se le han planteado a este órgano, así como las respuestas del ordenamiento jurídico ante los mismos. El artículo finaliza con una evaluación de la situación del Tribunal Constitucional en la actualidad.

* Para la realización de este trabajo he contado con la ayuda del Proyecto de investigación DER2017-86643-P del gobierno español. Una versión previa –y mucho más reducida– de esta investigación fue publicada bajo el título "El guardián de la Constitución" en el libro: *Fraude o esperanza: 40 años de la Constitución* (2018). Agradezco a Rafael Escudero Alday y a Sebastián Martín (coordinadores de ese libro) que me animaran a ocuparme de este tema; y a Manuel Atienza, Josep Aguiló, Juan A. Pérez Lledó, Daniel González Lagier, Victoria Roca, Macario Alemany, Jesús Vega y Yolanda Doig, por las interesantes observaciones que han hecho a diferentes versiones de este trabajo.

** Isabel Lifante Vidal. Doctora en Derecho. Profesora Titular de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, España. Email: Isabel.Lifante@ua.es

Palabras clave: Tribunal Constitucional español. Control de constitucionalidad. Recurso de amparo. Conflictos constitucionales

Abstract

This paper deals with the role played by the Spanish Constitutional Court in the 40 years of democracy in this country. Thus, the article presents the institutional design drawn by the Spanish Constitution of 1978 and the different functions that were entrusted to it, both by the Constitution and by subsequent legislation. The article intends to analyze how these functions have been carried out in practice, pointing out the different challenges that have been presented to this Court, as well as the answers given by the legal system to them. The article ends with an evaluation of the situation of the Constitutional Court at present.

Keywords: Spanish Constitutional Court. Constitutional review. *Amparo* appeal. Constitutional conflicts.

1. El diseño del Tribunal Constitucional en la Constitución española de 1978

Los constituyentes españoles de 1978 consideraron necesaria la creación de un órgano que velara por la efectividad y supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico: un "guardián de la Constitución". Se optó entonces por seguir el modelo europeo, creando un Tribunal Constitucional (en adelante TC) al que se le atribuye –junto a otras importantes funciones– el monopolio del control de constitucionalidad de las normas con rango de ley. La Constitución de España¹ (en adelante CE) se inspiró para diseñar este órgano tanto en las experiencias del Tribunal Constitucional Federal alemán y de la Corte Constitucional italiana, como en la propia –aunque breve– experiencia española del Tribunal de Garantías Constitucionales de la Constitución republicana de 1931.²

¹ Constitución española, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de diciembre de 1978, núm. 311, España, disponible en <https://www.boe.es>

² Sobre las diferencias entre estos dos órganos puede verse Martín Martín (2018).

El TC fue diseñado con el objetivo de que se tratara de un órgano independiente. Y así, aunque también realiza una función jurisdiccional (pues resuelve conflictos de acuerdo a derecho), se situó fuera del Poder Judicial y se le dotó de una amplia autonomía organizativa y presupuestaria. Esta posición como órgano independiente del Poder Judicial no sólo se manifiesta en su estatus jurídico, sino también en los requisitos exigidos a sus miembros y en el modo en que se regula su designación, en la que participan los tres poderes del Estado (el legislativo, el ejecutivo y el judicial).

La opción de separar nítidamente al Tribunal Constitucional del Poder Judicial, además de justificarse en el encaje institucional del órgano en el sistema jurídico, tenía también una importante motivación. Como es sabido, la Constitución de 1978 no rompió con la legalidad anterior, ni con muchas de sus instituciones, y en particular no lo hizo por lo que al Poder Judicial se refiere: los jueces de la dictadura franquista seguirían siendo los jueces en la nueva etapa democrática y constitucional. Dejar el control de la eficacia y supremacía de la Constitución en sus manos podría haber hecho peligrar (o, al menos, retrasar) el programa reformista incorporado en la Constitución. Conviene recordar que en los primeros años de democracia algunos jueces, incluyendo algunos integrantes del Tribunal Supremo, se mostraron hostiles frente a este nuevo orden jurídico, negando el carácter normativo de la propia Constitución, a la que se le pretendía otorgar un mero valor programático.

Con la ubicación del TC fuera del Poder Judicial se buscaba contar con un órgano completamente nuevo, cuyos integrantes no estuvieran contagiados por la inercia de las prácticas jurídicas anteriores, dado que se les iba a encargar la responsabilidad última en la constitucionalización efectiva del derecho español. Para llevar a cabo dicha tarea era necesario que el órgano gozara de una innegable legitimidad; una legitimidad que pretendió avalarse fundamentalmente a través del sistema que se diseñó para la designación de sus miembros.

La Constitución estableció que el TC estuviera compuesto por doce miembros, nombrados entre magistrados y fiscales, profesores de universidad, funciona-

rios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. Entre los requisitos no se encuentra, por tanto, la exigencia de pertenecer a la carrera judicial (de hecho, en su historia ha habido mayoría de magistrados de origen académico). El control del cumplimiento de los requisitos exigidos se le encargó al propio Tribunal.

El sistema de nombramiento implica a los tres poderes del Estado, con un marcado protagonismo del Poder Legislativo: cuatro magistrados son nombrados a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. La exigencia de mayorías especialmente cualificadas para las propuestas tanto del Congreso como del Senado pretendía obligar a consensuar los nombres, con la esperanza de que se optara por perfiles de indudable prestigio jurídico, más allá de opciones meramente partidistas. Sin embargo, la práctica parlamentaria acabó optando por otro mecanismo para conseguir la mayoría exigida: un sistema de "cuotas", en el que se negocia un reparto de los puestos a cubrir entre los partidos mayoritarios. Este sistema, además de no garantizar la idoneidad del perfil de los candidatos, lleva aparejado el problema de que "etiqueta" a los magistrados por el partido político que los propone (o incluso "impone", bloqueando cualquier posible negociación), afectando sin duda a la imagen de independencia que estos magistrados deben ofrecer. En el año 2007 se modificó el sistema de selección de los magistrados a propuesta del Parlamento, incorporando su comparecencia previa y dando entrada a la participación de los parlamentos autonómicos en el nombramiento de los magistrados que le corresponde al Senado. Como veremos, ninguna de las dos reformas resultó muy eficaz: las comparecencias se convirtieron en un trámite meramente formal y la participación de las Comunidades Autónomas no varió el régimen de negociación de cuotas entre los partidos mayoritarios.

El mandato de los magistrados se estableció en nueve años, siendo renovados parcialmente (por tercios) cada tres. La elección del Presidente se encomienda a los propios miembros del Tribunal y su cargo tiene una duración de tres años,

coincidiendo con las renovaciones parciales del órgano. Con ello se quería intensificar la autonomía del órgano; debe pensarse que, al contar con un número par de miembros, la figura del Presidente adquiere especial importancia (pues posee el voto de calidad en casos de empate). Sin embargo, la extrema politización partidista que han sufrido los nombramientos ha traído aparejada otro serio problema generado por este diseño: la posibilidad de retrasar intencionalmente las renovaciones parciales o la sustitución de vacantes para aprovechar las mayorías en el juego político. Estas dilaciones (que llegaron a alcanzar los tres años) implican una alteración de la composición constitucionalmente prevista. En el año 2010, y ante el serio problema institucional generado por estos retrasos (que provocó que tres magistrados llegaran a presentar su dimisión como medida de presión) y los desajustes que ello provocaba con la previsión de las renovaciones parciales, se reformó el modo de computar la duración del mandato. Aunque algunos juristas habían propuesto eliminar la prórroga automática hasta la renovación para intentar forzar así el cumplimiento de los plazos por parte de los políticos, finalmente se optó por establecer simplemente que, en caso de retraso en los nombramientos, éste fuera restado al mandato de los magistrados.³

Otra cuestión relacionada con la independencia de los miembros del TC es la relativa a sus incompatibilidades. La Constitución incorporó un amplio listado de incompatibilidades, así como una cláusula de aplicación supletoria respecto a las previstas para el Poder Judicial. Entre las incompatibilidades específicas expresamente contempladas estaba la de desempeñar funciones directivas en un partido político, pero nada se dice respecto a la mera afiliación, que sí está expresamente prohibida (en la propia Constitución) para los miembros del Poder Judicial. Sobre este asunto se discutió intensamente en 2013 cuando se

³ El desajuste que generan estos retrasos tiene que ver con que –según las propias previsiones constitucionales– el periodo para el mandato de los magistrados es de nueve años y las renovaciones se han de hacer por tercios cada tres años: si una renovación se retrasa, los nuevos magistrados o bien no verán completado su mandato de nueve años, o bien se habrá de incumplir la previsión de renovaciones por tercios cada tres años. Véase en este sentido el detallado análisis que realiza Estrada Marín de éste y de muchos otros problemas relacionados con el sistema de nombramientos de los miembros del Tribunal Constitucional español (Estrada Marín, 2017).

hizo público que el entonces presidente, Francisco Pérez de los Cobos, había estado afiliado al Partido Popular al mismo tiempo que ostentaba el cargo (dato que no trascendió en su comparecencia parlamentaria previa al nombramiento). El TC consideró que no había problema, pues interpretó que la incompatibilidad con la afiliación era de aplicación exclusiva para los miembros del Poder Judicial. Pero, lo que estaba realmente en discusión –más allá de la aplicabilidad formal de una incompatibilidad– era la conveniencia de la integración en este órgano de magistrados con perfiles o trayectorias muy vinculados a un partido político.⁴ Otro incidente que erosionó la legitimación del órgano basada en los nombramientos se produjo con la designación en 2013 de Enrique López López. Se trataba de una propuesta del Gobierno (presidido por Mariano Rajoy, del Partido Popular) y no era necesario, por tanto, conseguir mayorías parlamentarias que lo respaldaran (lo cual se había intentado infructuosamente en el pasado); la crisis se plasmó en el resultado de la votación, en el seno del propio TC, sobre si el candidato cumplía los requisitos para integrarse en el órgano que acabó con un empate sin precedentes en este tipo de votaciones. Este empate se resolvió con el voto de calidad del presidente, de modo que el candidato acabó incorporándose al TC (aunque dimitió –por otras razones– tan sólo un año después).⁵

Me gustaría terminar estas reflexiones sobre el diseño institucional del Tribunal Constitucional con un par de datos –muy dispares– que creo que resultan relevantes. El primero es el relativo a las retribuciones de sus miembros; aunque siempre han estado –como era de esperar– entre las más altas de los cargos públicos españoles, no ha sido hasta 2018 cuando (con un notable incremento del 12%)⁶ se convirtieron en las máximas, superando a las del Consejo General del Poder Judicial, que tradicionalmente habían sido algo mayores (así, según

⁴ Piénsese, por ejemplo, en la polémica generada en 2012 por el nombramiento como magistrado del catedrático de Filosofía del derecho, Andrés Ollero Tassara, quien había sido durante 17 años diputado por un partido político: el Partido Popular.

⁵ La dimisión se produjo por haber dado positivo en un control de alcoholemia, al que le sometió la policía tras ser sorprendido conduciendo una moto de manera indebida y sin casco. (Barroso y Pérez, 2014).

⁶ Conviene hacer notar, que ese mismo año, la subida general prevista en España para los sueldos públicos fue tan sólo del 1.75%.

consta en los Presupuestos Generales de 2018,⁷ al Presidente del TC le corresponden 149 007€ y a los magistrados "de a pie", 126 061€; mientras que al presidente del Consejo General del Poder Judicial le corresponden 134 760€ y a sus vocales 116 223€. El segundo dato es el relativo a la presencia de mujeres en el órgano: de las 64 personas que hasta el momento han integrado el TC español sólo seis han sido mujeres; y entre los diez presidentes, sólo ha habido una mujer (María Emilia Casas). La composición actual (algo más equilibrada que en el pasado) sigue siendo desigual: nueve hombres y tres mujeres.

2. Las funciones encomendadas al Tribunal Constitucional español

La Constitución española encomienda al Tribunal Constitucional tres funciones fundamentales,⁸ que se desarrollan a través de diversas competencias atribuidas directamente por la Constitución o por desarrollos legislativos posteriores (a través, principalmente, de la Ley Orgánica que desarrolla al Tribunal Constitucional, en adelante, LOTC):⁹ el control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley; la defensa última de algunos derechos fundamentales (a través del recurso de amparo); y la resolución de conflictos relacionados fundamentalmente –aunque no sólo– con el diseño del Estado autonómico (conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, o de éstas entre sí; e impugnaciones por parte del Gobierno de disposiciones y actos de las Comunidades Autónomas).

2.1. El control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley

El control de constitucionalidad de las normas con fuerza de ley se concreta a través de diversos mecanismos. El primero es el *recurso de inconstitucionalidad*.

⁷ Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 161, de 4 de julio de 2018, España, pp. 66658-66659.

⁸ En la presentación de estas funciones sigo muy de cerca a Pérez Tremps (2006).

⁹ Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 5 de octubre de 1979, núm. 239, España. Versión consolidada disponible en: <http://bit.ly/2lWvyLS>

Para la interposición de este recurso están legitimados exclusivamente el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los ejecutivos de las Comunidades Autónomas y sus asambleas legislativas. Ahora bien, la legitimación de los órganos autonómicos se encuentra limitada, por el art. 32.2 de la LOTC, a aquellas normas estatales que afecten a su ámbito de autonomía; dicho requisito comenzó interpretándose de manera muy rígida, aunque con el tiempo pasó a ser entendido de manera algo más flexible.¹⁰

Estos recursos caben contra cualquier disposición con fuerza de ley: estatutos de autonomía, leyes orgánicas o cualquier otra forma de ley estatal, disposiciones normativas y actos del Estado o de las comunidades autónomas con fuerza de ley, tratados internacionales y reglamentos de las cámaras y de las cortes generales. En principio, para cualquier otro tipo de norma (sin fuerza de ley) se considera que son los tribunales ordinarios los competentes para decidir sobre su constitucionalidad.

Respecto al procedimiento que se establece para estos *recursos* hay una peculiaridad relevante dependiendo de quién lo interpone. La regla general es que la interposición del recurso no suspende la aplicabilidad de la norma; sin embargo, cuando es el gobierno estatal quien impugna una norma de una comunidad autónoma, puede ampararse en lo dispuesto en el art. 161.2 CE,¹¹ en cuyo caso se produce la suspensión automática (el TC tiene aquí un plazo de cinco meses para ratificar o levantar la suspensión).

La Constitución de 1978 también estableció la posibilidad de que el Gobierno o cualquiera de las cámaras del parlamento formulara una consulta al TC, antes de la celebración de un tratado internacional, sobre la existencia de posibles

¹⁰ Véase, por ejemplo, la Sentencia del TC 56/1990, de 29 de marzo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 107, de 4 de mayo de 1990, España.

¹¹ Esta disposición establece: "El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses."

contradicciones entre dicho tratado y la Constitución. Esta posibilidad de *control previo de constitucionalidad* fue extendida por la primera redacción de la LOTC (de 1979) a las leyes orgánicas y a los estatutos de autonomía. No obstante, el abuso de esta figura —llegó a afectar al 25% de las leyes orgánicas— hizo que se replanteara su conveniencia, dado que la misma retrasaba la entrada en vigor de normas ya aprobadas por el Parlamento, con los riesgos de intervención en el juego político partidista que ello implica;¹² de modo que en 1985 se eliminó esta extensión del control previo de constitucionalidad.¹³ Sin embargo, en el año 2015, y tras la crisis generada por la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos del Estatuto de Autonomía catalán aprobado en 2006,¹⁴ se ha vuelto a reintroducir el control previo para los estatutos de autonomía¹⁵ con el objetivo de evitar que se volviera a producir lo que se denominó un "choque de legitimidades": que un estatuto ya en vigor, tras aprobarse —con mayorías cualificadas— tanto por el parlamento autonómico como por el estatal, así como por referéndum popular, pudiera ser luego anulado o enmendado por el Tribunal Constitucional. Ahora bien, la reforma que se llevó a cabo no excluye dicha posibilidad: la interposición de este recurso previo no es obligatoria y el TC puede tener que pronunciarse —vía *recurso* o *cuestión* de inconstitucionalidad— sobre un estatuto de autonomía en vigor.

Otro mecanismo, más indirecto, para controlar la constitucionalidad de las normas con rango de ley es la *cuestión de inconstitucionalidad*. Se trata de una consulta que puede plantear al TC cualquier órgano judicial ante la duda sobre la constitucionalidad de algún precepto legal que tendría que aplicar para

¹² Sobre este asunto puede verse Carrillo (2018, p. 640).

¹³ A través de la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, por la que se deroga el capítulo II del título VI de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 137, de 8 de junio de 1985, España.

¹⁴ Declaración que llevó a cabo la Sentencia del TC 31/2010, de 28 de junio (por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por noventa y nueve parlamentarios del grupo popular del Congreso contra la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña), publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 172, de 16 de julio de 2010, España.

¹⁵ A través de la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para el establecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 228, de 23 de septiembre de 2015, España.

resolver un caso sometido a su jurisdicción. Este mecanismo es necesario si se quiere compatibilizar el sometimiento de los jueces a todo el ordenamiento jurídico (del cual la Constitución es la norma jerárquica suprema) con el monopolio que en el sistema español se le atribuye al TC del rechazo de las normas con rango de ley y que hace que el resto de los órganos judiciales no pueden decidir por sí mismos inaplicar un precepto legal, por muy contrario a la Constitución que el mismo les parezca. En los supuestos en los, que para decidir un caso sometido a su jurisdicción (y sólo en ellos), el órgano judicial deba aplicar una disposición legal que pueda ser inconstitucional, deberá plantear la cuestión al TC que será quien decida sobre la misma. Esta competencia la tienen en exclusiva los órganos judiciales, no las partes del proceso. La LOTC ha establecido que también el propio TC (o alguno de sus órganos) puede plantearse a sí mismo cuestiones de constitucionalidad cuando, en el transcurso de otro tipo de procedimiento (un recurso de amparo o un conflicto), surja la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley. En estos casos se habla de "*auto-cuestiones de inconstitucionalidad*".

Los efectos de una declaración de inconstitucionalidad son la nulidad de los preceptos afectados. Eso implica que, en teoría, dichos preceptos nunca formaron parte del ordenamiento jurídico español (aunque las sentencias en las que se hubieran aplicado esas normas no perderán los efectos de cosa juzgada, salvo que supongan una sanción penal o administrativa). Pero el TC ha ido flexibilizando esta rigidez en la práctica y en ocasiones ha limitado los efectos temporales de las declaraciones de inconstitucionalidad,¹⁶ o ha diferido la nulidad,¹⁷ o ha permitido que la norma siga vigente hasta que sea desplazada por otra,¹⁸ o incluso ha declarado inconstitucionalidades sin nulidad¹⁹ (Ahumada Ruiz, 2017).

¹⁶ Así, por ejemplo, la Sentencia del TC 45/1989, de 20 de febrero, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 52, de 2 de marzo de 1989, España.

¹⁷ Así, por ejemplo, la Sentencia del TC 208/1999, de 11 de noviembre, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 300, de 16 de diciembre de 1999, España.

¹⁸ Así, por ejemplo, la Sentencia del TC 195/1998, de 1 de octubre, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 260, de 30 de octubre de 1998, España.

¹⁹ Véase, por ejemplo, la Sentencia del TC 135/2006, de 27 de abril, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 125, de 26 de mayo de 2006, España; o la Sentencia del TC 273/2005, de 27 de octubre de 2005, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 285, de 29 de noviembre de 2005, España.

Sin embargo, en muchas ocasiones, el TC no declara la inconstitucionalidad de un precepto legal, ni tampoco la rechaza más, sino que lleva a cabo lo que se conoce como una "sentencia interpretativa",²⁰ en la que establece cómo debe ser interpretada una disposición para ser considerada acorde con la Constitución, o en la que rechaza alguna posible interpretación por inconstitucional. Estas interpretaciones vinculan a todos los poderes públicos, y por cuestiones de seguridad jurídica, muchos reclaman que cuando sean realizadas las mismas se reflejen en el fallo de la sentencia (y no sólo en su fundamentación), práctica que en ocasiones –pero no siempre– sigue el Tribunal Constitucional.²¹

Desde sus primeras sentencias, el TC incorporó en su doctrina la idea del "bloque de constitucionalidad", en el que se suelen incluir, entre otras, tanto la Constitución como los Estatutos de Autonomía, la LOTC así como algunas normas básicas para el reparto de competencias; todas ellas integrarían el canon de constitucionalidad que el TC aplica en su labor de fiscalización. El TC considera no sólo que sus interpretaciones de la Constitución vinculan a todos, sino además que él es el único que puede llevar a cabo interpretaciones vinculantes. En este sentido ha considerado que no caben las leyes meramente interpretativas.

Esta posición de "intérprete supremo" de la Constitución plantea un indudable riesgo, del que ya advertía García de Enterría en 1981: considerar que el TC retiene la nota de la soberanía, lo cual implicaría considerarlo como un poder constituyente en lugar de un mero poder constituido. Se incurriría en este riesgo cuando el TC traspasa los límites de lo que implica "interpretar" la Constitución, y pasa a desarrollar aspectos que la Constitución dejó abiertos al juego democrático, consagrándolos en "interpretaciones" vinculantes.

²⁰ Sobre este concepto de "sentencia interpretativa" y sus distintas modalidades, puede verse Guastini (2011, pp. 155-156).

²¹ Cfr., por ejemplo, Pérez Tremps, 2006, p. 58.

2.2. La defensa de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo

La segunda función encomendada al Tribunal Constitucional es la defensa última de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo. Este recurso, que puede ser interpuesto por toda persona que invoque un interés legítimo, así como por el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal, está previsto para la violación por parte de los poderes públicos de los derechos y libertades contemplados en los siguientes artículos constitucionales: artículo 14 (igualdad ante la ley); artículos 15 a 29 (Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero: "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas") y artículo 30 (objeción de conciencia respecto a las obligaciones militares).

Se trata, por tanto, de un recurso que no estaba previsto que operase frente a violaciones de cualquier derecho reconocido constitucionalmente. Se dejan fuera de esta protección reforzada otros derechos recogidos en la Sección segunda del Capítulo segundo (tales como el derecho al matrimonio, a la propiedad privada, al trabajo, a la negociación colectiva o a la libertad de empresa) y por supuesto todos los derechos reconocidos en el Capítulo tercero bajo el rótulo de "De los principios rectores de la política social y económica" (derecho a la salud, a una vivienda digna, acceso a la cultura, protección al medio ambiente...) que –según dispone el art. 53.3 CE– sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Sin embargo, la práctica respecto a este recurso acabó generando que casi cualquier derecho puede hacerse valer ante el TC alegando una violación del derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el art. 24 CE.²² Esta inter-

²² Este artículo establece:

"1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con

pretación llevó a que el recurso de amparo acabara configurándose (por lo menos hasta la reforma de 2007) como una verdadera vía de revisión jurisdiccional, generando algunas tensiones con el Poder Judicial (en particular a través de "choques" con el Tribunal Supremo).²³ Eso quizá también contribuyó a que el número de recursos de amparo presentados se disparara (en el año 2006 llegaron a ser 11 471) colapsando toda la actividad del TC (los recursos de amparo superan ampliamente el 98.5% de los expedientes que llegan al TC español), con la correspondiente acumulación de retrasos en todos los tipos de procesos constitucionales,²⁴ generando lo que algunos llegaron a calificar como "agotamiento del modelo".

Dos reformas de la LOTC pretendieron atajar este problema. La primera, introducida a través de la Ley Orgánica 6/1988,²⁵ modificó el trámite de admisión de los recursos de amparo (posibilitando que fueran inadmitidos mediante providencia sin necesidad de justificación), pero no llegó a modificar la práctica y no tuvo por tanto gran eficacia. La segunda reforma, de 2007,²⁶ cambió completamente la lógica que había regido hasta entonces en el diseño de este recurso. Hasta ese momento se consideraba que el recurso cumplía tanto una función de garantía o protección subsidiaria de los derechos fundamentales de los individuos (frente a casos de desprotección en sede judicial), como una función "objetiva", que consistía en unificar la interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales.²⁷ Sin embargo, tras la reforma puede decirse

todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

²³ Así, por ejemplo, puede señalarse la discrepancia respecto a la interpretación del alcance del principio de justicia universal, al desmarcarse el Tribunal Supremo (en su Sentencia 645/2006, de 20 de junio. Disponible en: www.poderjudicial.es) de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional (en su Sentencia 237/2005, de 26 de septiembre, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* núm. 258, de 28 de octubre de 2005, España).

²⁴ Cfr. Pérez Tremps, 2006, p. 163.

²⁵ Ley Orgánica 6/1988, de 9 de junio, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 140, de 11 de junio de 1988, España.

²⁶ Introducida a través de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 125, de 25 de mayo de 2007, España.

²⁷ Iglesias Báez, 2018, p. 133.

que se abandonó la primera función, pasando a "objetivarse" completamente la función de este recurso. Ello se logró exigiendo para la admisión a trámite del recurso un nuevo requisito: la justificación de una "especial trascendencia constitucional" del caso.

Obviamente esta expresión es muy abierta y genera un gran margen de discrecionalidad a la hora de admitir un recurso, discrecionalidad que no puede ser controlada por ningún otro órgano (dado que las decisiones del TC son últimas). El propio TC ha intentado precisar un tanto este concepto (en la STC 155/2009),²⁸ estableciendo siete casos en los que se daría esta especial trascendencia y que, siguiendo a Carrillo (2018, pp. 652-653), podemos agrupar en tres categorías: 1) casos relacionados con el desarrollo material de los derechos fundamentales, cuestiones novedosas en la doctrina constitucional o cambios en la misma; 2) casos relacionados con la (in)aplicación de la doctrina constitucional por los poderes públicos, en especial por los órganos jurisdiccionales (amparo frente a leyes; reiterada jurisprudencia ordinaria vulneradora de un derecho fundamental; incumplimientos reiterados de la jurisprudencia constitucional o negativa manifiesta a acatar la doctrina del TC); y 3) casos que por su importancia trascienden al caso concreto objeto de recurso, como por ejemplo los amparos electorales o parlamentarios.

El problema fundamental que plantea esta reforma es que elimina una garantía que había resultado fundamental para el efectivo respeto de los derechos fundamentales. Se alega que dicha garantía, que resultó fundamental en los primeros años de democracia, con el tiempo habría dejado de ser tan necesaria, dado que la función pedagógica respecto a la jurisdicción ordinaria ya se habría logrado. Para no menoscabar la garantía de los derechos fundamentales, la reforma se completó con el reforzamiento de la jurisdicción ordinaria a través de una nueva concepción del incidente de nulidad de actuaciones,²⁹ pero como algunos

²⁸ Sentencia del TC 155/2009, de 25 de junio. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 181, de 28 de julio de 2009, España.

²⁹ Previsto en el artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificado por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre y la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Versión consolidada disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>

autores señalan quizás sea necesario configurar un sistema más ágil y diversificado de medidas de justicia cautelar.³⁰

Una vez implantada esta reforma, se criticó la opacidad en la aplicación del criterio, dada la ausencia de justificación en los casos de admisión del recurso, sin embargo —y a partir de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 20 de enero de 2015, caso *Arribas Antón vs. España*— el TC ha comenzado a explicitar y justificar los motivos de admisión.³¹

Aunque el número de recursos de amparo presentados sigue siendo muy elevado, se percibe ya una cierta disminución: frente a los 11 471 recursos del año 2006; a partir del año 2015 la cifra de recursos presentados ronda los 7 000 (así, en el 2015 se presentaron 7 203, en 2017 fueron 6 286 y en 2018 la cifra ascendió a 6 918).³² Pero lo que sí ha sufrido una drástica reducción como consecuencia de esta reforma es el número de recursos de amparo admitidos a trámite: en el año 2017, 71 recursos de amparo (el 1.27%) y se inadmitieron 6 069 (el 98.73%).

2.3. La resolución de conflictos

Por último, la tercera función encomendada al Tribunal Constitucional es la relativa a la resolución de diversos tipos de conflictos: los de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas o los de éstas entre sí (atribuida directamente por la CE); la relativa a conflictos entre órganos constitucionales (atribuida por la LOTC) y la relativa a conflictos en defensa de la autonomía local (atribuida en una reforma de la LOTC de 1999),³³ a través de la cual los entes

³⁰ Carrillo, 2018, p. 652.

³¹ Véase en este sentido la Sentencia del TC 9/2015, de 2 de febrero, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 52, de 2 de marzo de 2015, España.

³² Todos los datos aquí utilizados han sido extraídos de las estadísticas anuales publicadas en la web oficial del Tribunal Constitucional español. Disponibles en: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Paginas/Cuadros-estadisticos.aspx>

³³ A través de la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 96, de 22 de abril de 1999, España.

locales pueden impugnar normas con fuerza de ley que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada. También podemos situar aquí una competencia un tanto singular: la atribuida por el art. 161.2 CE (al que antes hicimos mención) relativa a la impugnación de las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las comunidades autónomas que, aunque no tiene estrictamente naturaleza conflictual, se conecta con los conflictos generados por la organización territorial del Estado. Se suele señalar que, en el ejercicio de estas competencias vinculadas a la resolución de conflictos, el TC presentaría una naturaleza arbitral.³⁴

Las dos competencias añadidas por la LOTC (conflictos entre órganos constitucionales y en defensa de la autonomía local) han sido muy poco utilizadas en la práctica y han resultado ser mecanismos poco eficaces. Hasta el momento (escribo estas páginas a finales de mayo de 2019) sólo ha habido cinco sentencias en casos de conflictos de órganos constitucionales (tres de ellas muy recientes: dos de mayo, y una de noviembre de 2018) y doce sentencias (y 26 autos) referidos a conflictos en defensa de la autonomía local.

Por el contrario, la conflictividad por cuestiones competenciales entre el Estado y las comunidades autónomas (y en mucha menor medida de éstas entre sí) ha hecho que el Tribunal Constitucional tuviera numerosas –y con frecuencia complejas– ocasiones en las que pronunciarse. Debe tenerse en cuenta que cuando el conflicto competencial tiene su origen en una norma con rango de ley, el procedimiento a través del cual se ha de resolver es el recurso de inconstitucionalidad. A través de esta competencia, el TC ha ido concretando, desde sus primeros años, el modelo de organización territorial del Estado que tan indefinido se encontraba en la Constitución³⁵ (quizás convenga remarcar aquí

³⁴ Véase, por ejemplo, Pérez Tremps (2006, p. 100), a quien sigo en este punto.

³⁵ Esta concreción se realizó optando por una homogeneización entre todas las Comunidades Autónomas; homogeneidad que no se deducía del texto constitucional aprobado. Sobre este asunto puede verse Clavero (2018).

por su relevancia la sentencia sobre la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico, más conocida como "LOAPA").³⁶

La última competencia que se suele englobar junto a la resolución de conflictos es la impugnación por parte del Gobierno de disposiciones y resoluciones de las Comunidades Autónomas sin rango de ley; impugnación que implica la suspensión inmediata de lo impugnado. Esta competencia plantea algunos problemas de encaje, pues parece contradecir el reparto general de controles establecido sobre las Comunidades Autónomas por la propia Constitución en su artículo 153. Sobre esta competencia, decía García de Enterría en 1981 que se trataba de "una especie de recurso *per saltum*, que pasa por encima del Tribunal ordinariamente competente, que sería el contencioso-administrativo, para plantear inmediatamente la cuestión como una cuestión constitucional a resolver como tal" (García de Enterría, 1981, p. 62). Por eso, se suele recalcar la necesidad de considerarla como una competencia excepcional, limitada a aquellos casos relevantes en los que los actos impugnados cuestionen realmente los límites constitucionales de la autonomía. El propio TC ha intentado definir su objeto señalando que se ha de tratar de una: "presunta violación de prescripciones constitucionales ajenas a las reglas competenciales del bloque de constitucionalidad".³⁷

Este mecanismo adquirió protagonismo en 2012 (hasta entonces había sido muy poco usado: apenas había dado lugar a cinco sentencias), a raíz de su "peculiar" incorporación en la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera,³⁸ que lo menciona expresamente en una de sus Disposiciones Adicionales como mecanismo que puede ser utilizado por el Gobierno ante la vulneración de "los principios establecidos en el artículo 135 de la Constitución

³⁶ Sentencia del TC 76/1983, de 5 de agosto. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 197, de 18 de agosto de 1983, España.

³⁷ Sentencia del TC 66/1991 de 22 de marzo. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 98, de 24 de abril, España.

³⁸ Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 103, de 30 de abril de 2012, España.

y desarrollados en la presente Ley".³⁹ La otra causa del actual protagonismo de esta competencia ha sido su extensa utilización como mecanismo contra el proceso independentista catalán (ya se acumulan nueve sentencias y más de veinte autos relacionados con dicho proceso).

2.4. Reformas constitucionales y derecho de la Unión Europea: ¿dos lagunas competenciales?

Hay dos ámbitos relevantes: el de las reformas constitucionales y el del Derecho de la Unión Europea (en adelante UE), respecto a los cuales no está clara la función a desempeñar por el TC.

Nada dice expresamente la Constitución española, ni tampoco la LOTC, respecto a la posibilidad de control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. No era un asunto que preocupara en exceso (al menos no hasta la reforma del art. 135 de la CE, en agosto de 2011, por la que se incorporó el principio de estabilidad presupuestaria), pero que plantea problemas interesantes. El punto de partida es que la CE no contempla cláusulas de intangibilidad: cualquier precepto puede ser modificado; de modo que, por lo que se refiere al contenido de la reforma (a su "resultado"), la opinión mayoritaria considera que no tendría sentido declarar "inconstitucional" el *contenido* de una reforma constitucional, por la misma razón que tampoco tendría sentido declarar la inconstitucionalidad de un precepto constitucional. El argumento sería que, dado que el objetivo de la reforma es modificar la propia Constitución, la nueva redacción integraría el canon de constitucionalidad que está obligado a aplicar el TC. De modo que, por muy nefasta que sea una reforma en términos de generación de incoherencias o contradicciones entre los nuevos preceptos constitucionales y los que permanecen tras la reforma, no parece que el TC español tenga competencias para pronunciarse al respecto. Y eso al margen de que pensemos que la eliminación de ciertos contenidos constitucionales (los contenidos necesarios o

³⁹ El artículo 135 de la CE fue objeto de una polémica reforma en el año 2011 a la que luego haremos referencia. En dicha reforma se incorporó el principio de estabilidad presupuestaria y la limitación del déficit público.

definitorios de un Estado constitucional: democracia, reconocimiento de derechos fundamentales, imperio de la ley) no sería tanto una reforma constitucional, cuanto una "mutación" de la misma y del Estado: se habría pasado a tener una Constitución sólo en un sentido formal (una mera *lex superior*), y España habría dejado de ser un Estado constitucional.⁴⁰

Cuestión distinta es, sin embargo, el control respecto al *procedimiento* seguido para llevar a cabo la reforma; procedimiento que está expresamente regulado por la Constitución, la cual establece dos vías distintas, la ordinaria y la agravada, cuya procedencia depende del contenido de la reforma. Por lo que se refiere a estos aspectos procesales no hay ningún obstáculo conceptual para hablar de inconstitucionalidad de una reforma constitucional. Si una reforma se lleva a cabo sin seguir el procedimiento establecido en la Constitución, o si se sigue una vía ordinaria cuando se debía haber seguido la vía agravada, dicha reforma ha de ser tachada de contraria a la Constitución. El problema es que este control no está expresamente regulado (¿cuál es el procedimiento para llevarlo a cabo?, ¿cuáles serían sus efectos?) y, cuando el TC tuvo ocasión de pronunciarse al respecto, optó por eludir la cuestión. Se trataba de la resolución de un recurso de amparo interpuesto por algunos parlamentarios contra ciertas resoluciones de la Mesa del Congreso relativas al procedimiento seguido para la reforma del art. 135 de la Constitución.⁴¹ En su resolución (un auto que contó con tres votos particulares), el TC inadmitió el recurso, considerando que no había habido violación de los derechos políticos alegados, dejando sin contestación cuestiones de gran relevancia constitucional. Los recurrentes habían optado por acudir a esa vía (la del recurso de amparo) por considerar que era la única que cabía para promover el control del procedimiento seguido para la reforma constitucional, pero obviamente el planteamiento del control de constitucionalidad de una reforma constitucional a través de un recurso de amparo (concebido para la protección de derechos individuales) no es lo más conveniente

⁴⁰ Sobre la caracterización de la Constitución del Estado constitucional que aquí estoy asumiendo, puede verse Aguiló Regla (2012).

⁴¹ Me refiero al Auto del TC 9/2012, de 13 de enero, publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 36, de 11 de febrero de 2012, España.

y genera serios problemas: basta plantearse cuáles hubieran sido los efectos de una estimación del recurso planteado. Algunos autores consideran que, dado que el recurso de inconstitucionalidad está disponible sólo para las normas con fuerza de ley, la única vía para controlar las reformas constitucionales sería la que habían seguido los recurrentes, a través del control de los concretos actos por los cuales la misma se realiza.⁴² Pero, sin embargo, si consideramos –como ya propuso el constitucionalista español Pérez Royo en 1984– que estas reformas se llevan a cabo a través de "leyes de reforma constitucional",⁴³ no hay ningún obstáculo para considerar que puedan ser objeto de recurso de inconstitucionalidad ante el TC (independientemente de que este tenga sólo competencia para controlar los aspectos procedimentales y no su contenido).

También la discusión sobre la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las normas de derecho de la UE resulta extremadamente relevante si se tiene en cuenta que hay normas europeas directamente aplicables en España que pueden llegar a desplazar a la ley interna. Aunque el Tribunal Constitucional se negó a sí mismo esta competencia,⁴⁴ el proceso de integración europea –que ha implicado la cesión de soberanía a instancias supranacionales– exige replantearse el ámbito y la extensión del control de constitucionalidad y la relación entre la jurisdicción constitucional española y la jurisdicción europea. La lógica que subyace a la jurisprudencia constitucional española en la materia sería la siguiente: el ejercicio de la potestad prevista en el art. 93 de la CE (la cesión de competencias mediante tratado internacional) no puede incluir nuevos objetos de control de constitucionalidad (como el derecho derivado de la UE), ni tampoco incluir nuevos parámetros de control (como lo sería la conformidad de las leyes internas con el derecho europeo). De este modo quedaría excluido el control directo del derecho de la Unión, pero se podría controlar indirectamente a través del control de constitucionalidad de las normas y actos internos que

⁴² Véase, p. ej., Villaverde Menéndez, 2012. También Escudero Alday considera que esta es la única posibilidad que prevé el derecho español para enjuiciar el procedimiento seguido para las reformas constitucionales (Escudero Alday, 2012, p. 90).

⁴³ Cfr. Pérez Royo, 1984, p. 37.

⁴⁴ En la STC 64/1991: Sentencia del TC 64/1991, de 22 de marzo. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 98, de 24 de abril de 1991, España.

ejecutan, trasponen o aplican este derecho. El derecho europeo sólo se integraría en el canon de constitucionalidad usado por el TC a través del art. 10.2 de la CE, que obliga a interpretar las normas relativas a los derechos y libertades constitucionales de conformidad con los tratados internacionales suscritos sobre la materia. Ahora bien, con la Declaración 1/2004⁴⁵ (en la que se llevó a cabo el control previo de constitucionalidad del Tratado por el que se pretendía establecer la fallida Constitución Europea), el TC llevó a cabo un importante giro en su doctrina sobre las relaciones entre el derecho estatal y el europeo, elaborando una argumentación en la que considera compatibles la "primacía" del derecho de la Unión Europea con la "supremacía" de la Constitución española, considerando que esta última es compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución así lo haya dispuesto.

El razonamiento usado sería el siguiente: los Estados, a través de sus jurisdicciones constitucionales, han aceptado que el derecho europeo se despliegue en sus ordenamientos internos porque consideran que respeta los principios básicos del constitucionalismo y lo hace de manera equivalente a como se protegen en el ámbito interno (es lo que se ha denominado "principio de equivalencia"). Ello implica la renuncia a ejercitar el control del derecho europeo desde las instancias nacionales, dejando que dicho control lo desarrolle la jurisdicción europea. Pero ¿qué pasaría si en el ordenamiento europeo se produjeran lesiones graves de esos principios constitucionales básicos que no fueran reparadas por la jurisdicción europea? Esta pregunta ha sido contestada por el TC español en los siguientes términos:

En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo

⁴⁵ Declaración del TC 1/2004, de 13 de diciembre. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 3, de 4 de enero de 2005, España.

español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal abordar los problemas que en tal caso se suscitaran [...] a través de los procedimientos constitucionales pertinentes.⁴⁶

De modo que parece que se dejaría abierta, aunque de manera muy excepcional, la posibilidad de control de constitucionalidad del Derecho europeo para aquellos supuestos en los que se vulneren claramente principios constitucionales básicos; pero —como señala Pérez Tremps (2009, p. 39)— esta hipotética intervención subsidiaria del TC está configurada con notable indefinición, dejando abiertos problemas técnico-jurídicos tanto de tipo sustantivo como procesal.

Otro problema vinculado al proceso de integración europea —muy relacionado con éste— es el encaje del sistema de control de constitucionalidad concentrado del derecho español con la regulación europea. En el sistema previsto en la UE, es el juez ordinario que conoce del caso concreto quien debe hacer el juicio de compatibilidad entre la ley y el derecho europeo, inaplicando la ley en caso de contradicción. De modo que, en España, mientras que sólo el TC puede descartar una ley por contradecir la Constitución, si esa ley lo que contradice es el derecho de la UE, los jueces ordinarios pueden inaplicarla. Por supuesto, para resolver los problemas interpretativos y unificar la doctrina, el derecho europeo tiene una figura similar a la cuestión de inconstitucionalidad española: la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE);⁴⁷ pero entre ambas figuras existen importantes diferencias. La fundamental es que el juez nacional no está obligado a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, pudiendo inaplicar directamente la ley que contradiga el derecho de la UE, con una excepción (prevista en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea):⁴⁸ que se trate de tribunales cuyas decisiones no sean suscep-

⁴⁶ Declaración del TC 1/2004, de 13 de diciembre. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 3, de 4 de enero de 2005, España, p. 11.

⁴⁷ Se trata de una consulta sobre la interpretación de los Tratados o sobre la validez o interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión que cualquier órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la Unión Europea puede plantear al TJUE si lo considera necesario para poder emitir su fallo.

⁴⁸ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, C 202, de 7 de junio de 2016.

tibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, en cuyo caso sí es obligatorio interponer la cuestión prejudicial (salvo que se trate de un caso "claro" o previamente "aclarado"). Como señala Ferreres Comella (2003), se da lugar así a una doble lógica de difícil articulación y que hace que el monopolio de rechazo de la ley que la CE atribuyó en 1978 al Tribunal Constitucional esté perdiendo parte de su razón de ser.

El siguiente caso puede ilustrar estos problemas de articulación a los que estoy haciendo referencia: en el año 2003, una mujer, trabajadora a tiempo parcial, recurre ante un tribunal español la denegación –por parte tanto del órgano administrativo competente como del juzgado que resolvió en primera instancia– del derecho a cobrar una pensión de jubilación por considerar que no cumplía el requisito de haber cotizado el tiempo necesario: 15 años. Había trabajado a tiempo parcial durante más de 18, pero la ley entonces en vigor preveía que el cómputo del tiempo cotizado se realizara teniendo en cuenta exclusivamente las horas efectivamente trabajadas (con un sistema conversor de estas horas en días, al que se le aplicaba un factor de corrección de 1.5). Pues bien, el tribunal (en concreto, la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Galicia), ante la sospecha de que esa disposición podía ser contraria a la Constitución (la regulación anterior, muy similar a esta aunque sin factor de corrección, había sido declarada inconstitucional poco antes por el TC por considerarla contraria al principio de igualdad), planteó una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, con lo que su juicio quedó en suspenso a la espera de resolución del TC. Pues bien, ocho años después, en 2011, y con este asunto aún pendiente de resolución por parte del TC, al Juzgado de lo Social de Barcelona se le planteó un problema muy similar, pero en este caso decidió abordar la cuestión de otra manera: como una violación del derecho europeo (en particular de la Directiva europea 79/7 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social) por parte de la legislación española. Aunque este otro órgano jurisdiccional no estaba obligado a plantear la cuestión prejudicial, decidió hacerlo y plantear la pregunta al TJUE, que efectivamente consideró, en la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (estando aún pendiente la cuestión de inconstitucionalidad

española), que una normativa –como la española– que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres (aproximadamente el 80%), un periodo de cotización proporcionalmente mayor en comparación con los trabajadores a tiempo completo, para acceder a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada, resultaba contraria al art. 4 de la Directiva europea 79/7, que prohíbe la discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en lo relativo, entre otras cosas, a las condiciones de acceso a los regímenes de protección contra la vejez. No fue hasta poco después de esta sentencia del TJUE, que el TC español resolvió la cuestión de inconstitucionalidad que le habían planteado diez años antes, considerando que, efectivamente, el precepto legal cuestionado era inconstitucional.⁴⁹

3. El papel desempeñado por el Tribunal Constitucional en la democracia española

Tras la entrada en vigor de la Constitución española de 1978, rápidamente se aprobó la ley que creaba y regulaba el funcionamiento del Tribunal Constitucional (la LOTC) y el 12 de julio de 1980 tomaron posesión los primeros

⁴⁹ En esta sentencia, el TC alega que no está vinculado por la decisión del TJUE pero acaba haciendo suyos los argumentos usados por el Tribunal europeo:

"Nuestra jurisprudencia 'ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno en el ámbito de las 'competencias derivadas de la Constitución', cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias [...] Ahora bien, también hemos declarado que el Derecho de la Unión Europea 'no integra en sí mismo el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español, ni siquiera en el caso de que la supuesta contradicción sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una ley por oposición a un derecho fundamental, atendiendo a lo dispuesto en el art. 10.2 CE ... pues en tal supuesto la medida de la constitucionalidad de la ley enjuiciada seguiría estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con los tratados o acuerdos internacionales de que se trate ... incluidos, en su caso, los Tratados de la Unión Europea y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea [...] En relación con este último aspecto [éstos] pueden constituir 'valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce' [...] Dentro, pues, de estos parámetros, es indudable la relevancia que adquiere el criterio seguido en la ya referida STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto Elbal Moreno, relativa, como se ha dicho, a los mismos elementos normativos que son objeto de consideración en la cuestión de inconstitucionalidad que ahora nos ocupa" (Sentencia TC 61/2013, de 14 de marzo, publicada en el Boletín Oficial del Estado, núm. 86, de 10 de abril de 2013, España, p. 99).

magistrados designados para este órgano (la composición del Tribunal se completó en noviembre de ese mismo año). El TC comenzó su actividad jurisdiccional de inmediato, dictando su primera sentencia el 26 de enero de 1981.

Para su primera composición se eligieron juristas que gozaban de reconocido prestigio; nueve de sus doce miembros fueron profesores universitarios (ajenos al Poder Judicial), lo cual quizás ayudó a cambiar el estilo de redacción típico de las decisiones judiciales, huyendo de formalismos innecesarios e incrementando su claridad y accesibilidad, de modo que se consiguió añadir un importante valor pedagógico a la tarea desempeñada por este órgano. Su primer presidente fue Manuel García-Pelayo (1980-1986), quien fue sustituido en el cargo por Francisco Tomás y Valiente (1986-1992), asesinado unos años después por la banda terrorista ETA.

En estos primeros años de funcionamiento, el TC cumplió razonablemente bien las expectativas que en él se habían depositado referidas a la efectiva constitucionalización del ordenamiento jurídico español. De modo que podríamos decir que, si la transición fue exitosa en este punto, o en la medida en que consiguió serlo, lo fue en parte gracias a la importante labor que desarrolló este órgano.

Entre las funciones que desarrolló el TC en esta primera etapa suelen señalarse las siguientes:⁵⁰ (1) Acabó con piezas preconstitucionales del ordenamiento jurídico que resultaban inconsistentes con la Constitución. (2) Defendió la eficacia normativa directa de la Constitución, dejando claro que no era meramente una norma programática. (3) Contribuyó a constitucionalizar al Poder Judicial, modificando la actuación de los jueces y tribunales ordinarios (para el desarrollo de esta función fue fundamental su papel como revisor de las actuaciones judiciales a través de los recursos de amparo). (4) Desarrolló una jurisprudencia muy elaborada –y fuertemente influida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– en materia de derechos y libertades, desarrollando su contenido esencial. (5) Ayudó a la consolidación del proceso descentralizador en

⁵⁰ Sigo en este punto los trabajos de Pérez Tremps (2006) y Ahumada (2017).

la configuración del Estado autonómico: la apertura constitucional hizo que fuera realmente la jurisprudencia del TC la que —a través de la resolución de conflictos y recursos de inconstitucionalidad basados en vicios de competencia— diseñara el modelo territorial que no se encontraba definido en la Constitución de 1978. Esta última función la llevó a cabo optando por un proceso homogeneizador de todas las Comunidades Autónomas.⁵¹

Pero pronto comenzaron a aparecer los problemas a los que ya hemos ido haciendo referencia. El trabajo empezó a acumularse, generándose importantes retrasos; se produjeron choques institucionales entre el TC y el Tribunal Supremo; los nombramientos empezaron a instrumentalizarse partidistamente, afectando a la legitimación que había acompañado al órgano en su creación; y la redacción de las sentencias empezó a ser cada vez más farragosa por las innumerables autocitas (en el mejor de los casos, innecesarias y, en el peor, inconsistentes). De modo que en torno al año 2006 eran ya muchas las voces que reclamaban la necesidad de reformar este órgano. En 2007 se aprobó una reforma integral de la LOTC,⁵² que pretendía dar solución a algunos de estos problemas a través de dos estrategias: modificación de la lógica del recurso de amparo y cambios en el procedimiento de nombramiento de magistrados por parte de las cortes generales.

Por lo que se refiere a la configuración del recurso de amparo, y como ya hemos visto, si bien es cierto que la acumulación de casos era insostenible, la opción de objetivar completamente este recurso hizo que prácticamente desapareciera una de las funciones que caracterizaban y habían contribuido notablemente a legitimar este órgano: la de servir como instrumento para revertir violaciones de derechos de los ciudadanos. Respecto a las reformas en el procedimiento de nombramientos, ambas han sido bastante ineficaces en la consecución de los objetivos valiosos que pudieran perseguir: las comparecencias se han convertido en meros trámites formales que nada aportan (recuérdese que ni siquiera sirvió

⁵¹ Cfr. Clavero, 2018.

⁵² A través de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 125, de 25 de mayo de 2007, España.

para sacar a la luz la afiliación política de uno de los candidatos) y la participación de las Comunidades Autónomas en los nombramientos del Senado tampoco ha cambiado la práctica de negociación partidista de candidatos.

Pero el principal factor de deterioro del TC lo encontramos en su actuación ante dos grandes desafíos a los que tuvo que hacer frente la sociedad española en la última década: la transmutación del Estado social a raíz de la crisis financiera de 2008 y el independentismo catalán.

La crisis financiera sirvió de excusa para llevar a cabo un sistema de reformas (laborales, tributarias, procesales, penales...) que, como señala Martín Martín (2015), ha tenido como efecto un "vaciamiento" de la Constitución por lo que se refiere a la eficacia de algunos derechos, fundamentalmente (aunque no sólo) los de contenido social. ¿Cuál ha sido el papel del TC ante este proceso? Es cierto que, frente a algunas de las iniciativas normativas emprendidas, el TC ha declarado inconstitucionalidades, aunque en algunos casos tarde y mal, como con la Ley que estableció las tasas judiciales⁵³ o con el Decreto-Ley de amnistía fiscal (que se anuló, pero sin efectos).⁵⁴ Sin embargo, frente a otras muchas situaciones lesivas de derechos, el TC o no se ha pronunciado o las ha ratificado. Piénsese en su penosa "no actuación" ante el problema del incremento de ejecuciones hipotecarias a raíz del pinchazo de la burbuja inmobiliaria, donde se limitó a inadmitir a trámite una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta en 2011 por considerarla "notoriamente infundada", alegando simplemente que la cuestión ya había sido decidida previamente, sin considerar que las especiales circunstancias de la situación económica y financiera del momento, tan diferente a la de los años 80 en los que se fijó la doctrina inicial, merecieran su reconsideración⁵⁵ (el TJUE vino posteriormente a considerar que la regulación española no cumplía con la normativa europea sobre protección de los consu-

⁵³ Sentencia del TC 140/2016, de 21 julio, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 196, de 15 de agosto de 2016, España.

⁵⁴ Sentencia del TC 73/2017, de 8 de junio, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 168, de 15 de julio de 2017, España.

⁵⁵ Me refiero al Auto del TC 113/2011, de 19 de julio, publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 197, de 17 de agosto de 2011, España.

midores y obligó a introducir cambios en la materia).⁵⁶ Otras decisiones realmente regresivas fueron las referentes a la reforma laboral, que fue avalada por el TC,⁵⁷ contradiciendo lo que había sido su doctrina anterior; reforma que, entre otras cosas, afectó sustantivamente al derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Quedan aún pendientes de resolución algunos recursos de inconstitucionalidad de gran relevancia, como los interpuestos hace ya cuatro años (en 2015) contra la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana,⁵⁸ conocida como "ley mordaza", o contra la incorporación en el Código Penal de la pena de prisión permanente revisable.⁵⁹

Por otra parte, entre el catálogo de asuntos pendientes de resolver, sin duda merece la pena destacar, por lo singular del retraso que acumula (unos nueve años) y lo significativo del mismo, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados del Partido Popular contra la llamada "ley del aborto" (Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo)⁶⁰ aprobada en 2010 y que despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo durante los tres primeros meses de gestación.

Mención aparte merece la actuación del TC frente a la crisis generada por el independentismo catalán. En esta ocasión, parte del agravamiento de la crisis puede atribuirse a este órgano: en el año 2010, y con una composición un tanto alterada (tanto por el juego de los retrasos en los nombramientos y en cubrir las vacantes, como por la aceptación de una muy discutible recusación del magistrado Pablo Pérez Tremps) que mermaba su legitimidad, el TC adoptó la

⁵⁶ Me refiero a la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, Mohamed Aziz).

⁵⁷ A través de la Sentencia del TC 119/2014 de 16 de julio (publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 198, de 15 de agosto de 2014, España); y de la Sentencia del TC 8/2015 de 22 de enero de 2015 (publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 47, de 24 de febrero de 2015, España). Ambas relativas a la constitucionalidad de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 162, de 7 de julio de 2012, España).

⁵⁸ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 77, de 31 de marzo de 2015, España.

⁵⁹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 77, de 31 de marzo de 2015, España.

⁶⁰ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 55, de 4 de abril de 2010, España.

decisión de anular y –sobre todo– limitar el alcance (vía decisiones interpretativas) de numerosos preceptos de un Estatuto en vigor que había sido aprobado ¡cuatro años antes! tanto por los dos parlamentos implicados –el estatal y el autonómico– como por el referéndum popular convocado al efecto en Cataluña.⁶¹ Una sentencia (aprobada con seis votos a favor y cuatro en contra) que en realidad no contentó a nadie y fue criticada por todos;⁶² y que sin duda ha desempeñado una función desestabilizadora del Estado de Autonomías que el propio TC había ayudado a perfilar.

La deriva independentista y el abuso del procedimiento impugnador del art. 161.2 de la CE, al que antes hemos hecho referencia, hizo que desde entonces el TC haya tenido que pronunciarse en numerosas ocasiones sobre disposiciones normativas y actuaciones de muy diversa índole de las autoridades autonómicas catalanas, muchas de las cuales sin duda desafiaban la primacía constitucional. Por si fuera poco, en 2015 se decidió dar aún mayor protagonismo al TC en este conflicto, otorgándole más competencias en la ejecución de sus resoluciones; para ello se reformó, de manera atropellada (con un procedimiento de urgencia en entredicho y una mayoría muy ajustada), la LOTC.⁶³ Esta reforma (la segunda de ese mismo año motivada por el conflicto catalán) ha sido duramente criticada tanto en sede política como académica. Algunas de estas competencias plantean serias dudas de constitucionalidad, en especial la posibilidad de imponer multas coercitivas, la ejecución sustitutoria de sus resoluciones con la colaboración del Gobierno del Estado (que resulta incongruente con la excepcionalidad prevista constitucionalmente para aplicar el

⁶¹ Me refiero a la conocida como "Sentencia del Estatut" antes comentada: la Sentencia del TC 31/2010, de 28 de junio de 2010, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 172, de 16 de julio de 2010, España.

⁶² Se critica, por ejemplo, que en la sentencia no hay ni una sola mención a la deferencia debida al legislador (más debida aún en este caso, en el que se trata de un legislador especialmente cualificado); que se traspasan los límites de lo que es interpretar; o que no tomó en cuenta la propia doctrina del TC respecto a las especificidades de los Estatutos de Autonomía (establecida unos años antes en la STC 247/2007 sobre el Estatuto de la Comunidad Valenciana). Véanse, p. ej., los artículos contenidos en los números especiales de la *Revista catalana de dret públic* (2010) y de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (núm. 15, octubre de 2010), o la encuesta realizada por la revista *Teoría y realidad constitucional* (núm. 27, 2011).

⁶³ A través de la Ley Orgánica 15/2015, de 16 de octubre, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 249, de 17 de octubre de 2015, España.

art. 155 de la CE)⁶⁴ y la posibilidad de suspender temporalmente de sus funciones a cualquier autoridad o empleado público incumplidor (que podría afectar a cargos constitucionales democráticamente elegidos). Pero más allá de estas cuestiones, el principal problema de esta reforma –en mi opinión– se encuentra en que altera la propia naturaleza del órgano (aproximándolo, en contra del diseño previsto constitucionalmente, a un tribunal ordinario) y afecta gravemente al equilibrio de la arquitectura constitucional. La reforma, sin embargo, ha sido avalada por el propio TC, aunque las dos sentencias emitidas al respecto⁶⁵ contaron con varios votos particulares que criticaron la superflua y formalista argumentación seguida por la decisión mayoritaria.

40 años después de su puesta en funcionamiento, nos encontramos, pues, en España con un Tribunal Constitucional que puede dejar sin amparo graves violaciones de derechos fundamentales; un Tribunal al que se le ha encomendado el control del cumplimiento de la estabilidad presupuestaria a instancias del Gobierno estatal y al que se le han atribuido extravagantes competencias en materia de ejecución, alejándolo de su posición de árbitro entre los distintos poderes del Estado; un Tribunal que ha avalado algunas reformas sumamente regresivas en materia de derechos. No es difícil concluir que poco tiene que ver este órgano con aquel que en 1978 se proyectó como "guardián de la Constitución" y al que, como tal guardián, se le debía haber encomendado por encima de cualquier otra función la de velar por aquello que hacía valiosa a la Constitución: la democracia, la igualdad, y el respeto y la efectiva realización de los derechos fundamentales.

⁶⁴ Este artículo, que acabó aplicándose en octubre de 2017 tras la declaración unilateral de independencia por parte del Parlamento de Cataluña, establece:

"1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliera las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas".

⁶⁵ Me refiero a las Sentencia del TC 185/2016, de 3 de noviembre, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 299, de 12 de diciembre de 2016, España; y a la Sentencia del TC 215/2016 de 15 de diciembre, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 17, de 20 de enero de 2017, España.

Fuentes

Aguiló Regla, J. (2012), "Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta", *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, n. 35, pp. 235-238.

Ahumada Ruiz, M. (2017), "The Spanish Constitutional Court", en A. Jakab, A. Dyèvre y G. Itzcovich (coords.), *Comparative Constitutional Reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 604-640.

Barroso, F. y Pérez, F. (2014), "El juez Enrique López dimite tras ser pillado en moto sin casco y ebrio", *El País*, 1 de junio de 2014. Disponible en: <http://bit.ly/2mgJosy>

Carrillo, M. (2018), "El Tribunal Constitucional, un balance de cuarenta años", en *Revista de Derecho Político*, n. 101, 2018, Monográfico con motivo del XL aniversario de la Constitución Española de 1978 (II), pp. 631-660.

Clavero, B. (2018), "Nacionalidades y regiones entre el empoderamiento y la descentralización", en R. Escudero Alday y S. Martín (coords.), *Fraude o esperanza: 40 años de la constitución*, Madrid: Akal, pp. 109-132.

Escudero Alday, R. (2012), "Texto y contexto de la reforma constitucional exprés de agosto de 2011", en *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, n. 2, pp. 86-98.

Estrada Marún, J. A. (2017), *La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional en España. Una perspectiva orgánica y empírica*, Aranzadi, Navarra: Thomson Reuters.

Ferreres Comella, V. (2003), "Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional", *Revista Vasca de Administración Pública*, 65 (II), 2003, pp. 73-122.

García De Enterría, E. (1981), "La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español: posibilidades y perspectivas", *Revista española de Derecho constitucional*, (1) 1: pp. 35-131.

García Roca, J. (2007), "La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España", en *La reforma del Tribunal Constitucional, Actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 17-120.

Guastini, R. (2011), "Disposición vs. Norma", trad. M. Fernández Pérez, en S. Pozzolo y R. Escudero (eds.), *Disposición vs. Norma*, Lima: Palestra, 2011, pp. 133-156.

Iglesias Báñez, M. (2018), "El recurso de amparo constitucional en España. La difícil articulación entre el diseño normativo del amparo objetivo y la práctica del Tribunal Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales", en A. Villanueva Turnes (coord.), *El Tribunal Constitucional español. Una visión actualizada del supremo intérprete de la Constitución*, Madrid: Tébar Flores, pp. 129-155.

Martín Martín, S. (2015), "La gran regresión: repaso de una legislatura reaccionaria", en VV.AA., *Contrapoder. ¡Desmontando el régimen!*, Barcelona: Roca editorial, pp. 13-25.

Martín Martín, S. (2018), "El tribunal de garantías republicano, objeto de la historia constitucional", en *Historia Constitucional*, (19): pp. 753-773.

Pérez Royo, J. (1984), *Las fuentes del Derecho*, Madrid: Tecnos.

Pérez Tremps, P. (2006), *Los procesos constitucionales. La experiencia española*, Lima: Palestra.

Pérez Tremps, P. (2009), "La jurisdicción constitucional y la integración europea", en *Revista española de derecho europeo*, (29): pp. 19-48.

Villaverde Menéndez, I. (2012), "El control de constitucionalidad de las reformas constitucionales. ¿Un oxímoron constitucional? Comentario al ATC 9/2012", en *Teoría y Realidad Constitucional*, (30): pp. 483-498.

VV.AA. (2011), "Encuesta sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 de 28 de junio", en *Teoría y realidad constitucional*, (27): pp. 11-129.